

VECCHI
E
NUOVI PROBLEMI
DEL DIRITTO

DISCORSO

letto il 3 Novembre 1886

IN OCCASIONE DELLA SOLENNE APERTURA DEGLI STUDI
NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

DAL

Prof. CESARE NANI



TORINO

STAMPERIA REALE DI G. B. PARAVIA E C.
DI I. VIGLIARDI





PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

406

VECCHI
E
NUOVI PROBLEMI
DEL DIRITTO

DISCORSO

letto il 3 Novembre 1886

IN OCCASIONE DELLA SOLENNE APERTURA DEGLI STUDI
NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

DAL

Prof. CESARE NANI



TORINO

STAMPERIA REALE DI G. B. PARAVIA E C.

DI I. VIGLIARDI



LIBRO PROBLEMI

DEL DOTTOR

DISCORSO

IN OCCASIONE DEL VIGILANTE
DELLA UNIVERSITÀ DI TORINO

PROF. GIUSEPPE NANI

VECCHI
E
NUOVI PROBLEMI
DEL DIRITTO

Signori,

Vi ha una scienza che già era adulta, quando le altre ancora non eran nate o bamboleggiavano. L'ha creata il genio del popolo romano con un lavoro non interrotto di quindici secoli, e l'opera è riuscita così maravigliosamente grande che al paragone impallidisce la gloria delle sue armi ⁽¹⁾. Nel Medio Evo potenti intelletti vi si dedicarono; ed anche quando pareva spenta ogni luce di coltura in mezzo alle tenebre alte che avvolgevano l'intelligenza umana, questa scienza mandava ancora un debole raggio. Non vi ha momento nella storia in cui sia stata negletta; ogni secolo le ha recato il contributo dei suoi studi, delle sue ricerche, delle sue fatiche.

Ed infatti non è scienza che spazi al disopra del

mondo sensibile; non è scienza che indaghi verità astratte e remote dall'uso quotidiano; i rapporti che essa ha per obbietto si svolgono ogni giorno sotto i nostri occhi, si aggirano in quella cerchia stessa in cui noi ci muoviamo ed operiamo e riflettono tutti la nostra vita quotidiana. Ho forse bisogno di soggiungere che alludo alla giurisprudenza?

Eppure questa scienza così antica non è riuscita ancora a risolvere tutti i problemi fondamentali che d'ogni parte le si affacciano e paiono chiederle imperiosamente una soluzione.

Noi mostriamo talora di sorprenderci che taluna disciplina, la quale solo ieri è sorta o ieri appena ha trovato la sua via, non abbia una risposta pronta per ogni nostra domanda; nè ci avvediamo che il campo della giurisprudenza, per quanto è largo, è seminato di dubbi, e la sua storia una lunga sequela di contrasti che sorgono o nel seno stesso del diritto o fra le scuole dei giureconsulti.

*
* *

Se volgiamo indietro lo sguardo noi troviamo che fin dagli inizi è incominciata la lotta fra i due elementi che sono destinati a combattersi, ora sotto una, ora sotto altra forma, perpetuamente. Da una parte il diritto rigoroso, inflessibile, che è il primo atto d'imperio dello Stato che detta la sua legge, là dove minaccia ancora d'irrompere la violenza privata; dall'altra un diritto più umano, più mite, meno

legato alla forma, alla solennità dell'atto. Sono l'*aequum* e lo *strictum jus* dei Romani⁽²⁾. E a sistemi si contrappongono sistemi: il *jus honorarium* al *jus civile*; al diritto di Roma città il diritto di Roma impero; ed il *jus extraordinarium* abbatte ogni ostacolo e piega ai nuovi ideali i vecchi istituti. È lotta di tendenze che si combattono e si contendono il campo dentro la sfera del diritto.

Ed all'aperto altre lotte si agitano fra le diverse scuole dei giureconsulti, ed occupano quasi un secolo, il periodo più fecondo per l'elaborazione del diritto romano. Sono le schiere dei Sabiniani e dei Proculiani che pugnano fra di loro. Preludio d'altre grandi contese fra i giuristi!

Appena è fondato lo studio di Bologna, ed il suo nome associato a quello del diritto romano si spande glorioso per ogni paese, e già sorgono due sette di giuristi, in opposizione fra di loro; le sette che dai nomi dei loro capi si intitolano dei Bulgaristi e Gosiani. Qual ne fosse l'importanza non sappiamo bene, perchè la linea di distinzione fra le due scuole sfugge alla nostra osservazione; ma certo l'eco di quelle discussioni si ripercuote abbastanza lontana nella nostra giurisprudenza medievale⁽³⁾.

Maggiore per estensione e più grave nelle sue conseguenze fu il dissidio che scoppiò fra la scuola dei commentatori e quella dei giuristi-filologi. Infatti la questione non si limitava al modo d'interpretare certi testi, ma cadeva essenzialmente sulla

maniera d'intendere l'ufficio stesso della giurisprudenza. Giuristi italiani e giuristi francesi si trovano alle prese fra di loro; in Italia, in Francia, in Germania, nei libri, nelle scuole, il *mos italicus* resiste al *mos gallicus*. La gloria della giurisprudenza italiana, che mai era salita più in alto dopo i tempi di Roma, si avvicinava al suo tramonto; erano per finire i giorni eternamente memorabili in cui le dottrine dei nostri giureconsulti venivano accolte e si diffondevano, come parola di legge scritta, in Europa e già sotto il peso delle tirannie domestiche e delle prepotenze straniere, anche nel campo del diritto, l'ingegno italiano stava per anneghittire; ma la scuola italiana non s'è arresa senza lotta e senza onore. L'attorniano d'ogni parte e la premevano nuove correnti d'idee a cui non poteva opporre che ben fragili ripari; il principio del libero esame aveva già travolto ben altri idoli che quelli che essa si era innalzati; nè poteva esser dubbio l'esito della battaglia: ma la scuola italiana, in mezzo ai suoi difetti ed ai suoi errori, ebbe il vanto di aver insegnato fino all'ultimo che il diritto non si può isolare dalla pratica, che a questa soprattutto deve mirare la giurisprudenza⁽⁴⁾. Il suo merito parrà anche più luminoso quando sia condotta a termine l'opera, ora appena tentata, della ricostruzione degli attuali dommi giuridici. Noi vedremo allora, forse, nei volumi che essa ci ha lasciati in retaggio, posare in gran parte le basi dell'odierno diritto privato.

*
* *

Taccio d'altri dissidii sorti nella giurisprudenza; taccio d'altri dualismi che presso altri popoli apparvero od appaiono ancora, nel seno stesso del diritto.

Ma non posso esimermi dal toccar di volo alcuni problemi che ai dì nostri offre il diritto pubblico e privato e traggono in diversa sentenza le menti di giureconsulti e pubblicisti e li schierano in iscuole rivali fra loro. Sono problemi vasti e ponderosi, alcuni recenti, molti invece nuovi solamente quanto alla forma, quanto alla sostanza antichissimi; e dalla soluzione di ciascuno di essi pendono in gran parte i destini della nostra vita giuridica e politica.

Possiamo noi dire di aver risoluto in modo definitivo la questione dei rapporti fra Stato e Chiesa? Il problema formidabile che dal Medio Evo fino ai giorni nostri ha esercitato l'intelletto sovrano dell'ALIGHIERI e s'impose a filosofi e giureconsulti e statisti come CAVOUR

che sovra gli altri com'aquila vola,

s'erge davanti a noi ad ogni tratto, quale una sfinge, e ci sbarra la via. D'esperimento in esperimento ogni mezzo fu tentato oramai per risolverlo, e noi sentiamo quasi istintivamente che la soluzione dell'oggi non può essere quella del domani. In ciò sta forse la difficoltà maggiore della questione, che essa muta faccia di volta in volta, ed adagiandosi

in condizioni nuove offre pure ostacoli impreveduti. L'uomo di Stato obbedisce alle necessità di una data situazione; l'uomo di scienza, abbracciando collo sguardo un più vasto orizzonte, vede le nubi che s'addensano lontane, e si chiede perplesso se l'era delle grandi lotte fra la Chiesa e lo Stato sia chiusa definitivamente.

*
* *

Nel diritto internazionale da Alberigo Gentili ed Ugo Grozio in poi, qual lunga schiera di giureconsulti, quanti dotti volumi, quanto sforzo d'ingegni e quanto ardore di propaganda! Eppure di quanto sono rimasti inferiori i risultati ottenuti! Per non parlare di divergenze di minor conto, siamo noi d'accordo sul principio fondamentale di questo diritto? Quanti si serbarono fedeli al vessillo che la scuola italiana ha agitato gloriosamente all'aria nei di delle nostre lotte collo straniero? La scuola italiana si è sciolta, ed un'altra che raccolga in unità di vedute, almeno su questo punto cardinale, tutti i cultori della scienza è ancor di là da venire.

Peggio se dalla teoria scendiamo alla pratica. I codici di diritto internazionale sono rimasti l'opera solitaria di pensatori insigni. È coll'amaro sorriso con cui si salutano i sogni giocondi della giovinezza che noi ricordiamo i giorni, così poco distanti da noi, in cui arbitramenti, congressi e plebisciti parvero sostituirsi definitivamente alle guerre, ed il

principio di nazionalità dovunque destinato a trionfare; che anzi, dalla sfera più elevata del diritto pubblico, già lo si vedeva discendere in quella più modesta del diritto privato, dacchè il nostro Codice civile ne aveva dato l'esempio scrivendolo in fronte alle sue disposizioni! Illusioni presto svanite, che contrastano colla dura realtà dell'ora presente, in cui, coll'animo compreso di tristezza, dobbiamo domandarci se nei rapporti fra Stato e Stato sia ancor vero che

..... una feroce
Forza il mondo possiede e fa nomarsi
Dritto! (5)

*
* *

Chi non si avvede che anche nella scienza del diritto pubblico si agita lo spirito di ribellione contro dommi che, se non l'antichità, certo l'unanime consenso aveva consacrati? In Italia, in Germania, in Francia, in Inghilterra, in America (6) si alzano voci autorevoli che più o meno apertamente condannano i nostri Governi parlamentari, o senza condannarli ne svelano i vizi e ne propongono i rimedii, talora radicali. Queste querele sono frutto di esagerate paure, od hanno un serio fondamento? È egli vero ad esempio che queste forme di Governo menino con sè, con un processo più o meno lento ma inevitabile, l'onnipotenza dei Parlamenti, che SPENCER ha dichiarato la grande superstizione politica dei nostri tempi; e che quelli a lor volta, come avver-

tiva DISRAELI, sieno destinati a cadere nella impopolarità, come qualunque individuo od assemblea che in sè abbia accentrato tutto il potere? Hanno ragione quelli che sostengono che noi abbiamo di troppo indebolito il potere esecutivo, abbandonandolo pressochè intieramente alla mercè del potere legislativo; che questo d'altra parte sia costituito in condizioni tali da non poter sempre adempiere proficuamente, come richiede l'interesse generale, l'opera sua? Sono questi ed altri molti i problemi che si impongono alla scienza e le domandano un esame calmo, sereno, spassionato. È in altre parole l'eterna questione dell'ottima forma di Governo che rinasce, si riapre sotto i nostri occhi. Fu tempo che parve per sempre sepolta, quando instaurati i Governi parlamentari sull'esempio, più o meno fedelmente imitato dell'Inghilterra, si intuonò il

jam novus saeculorum nascitur ordo!

Si credette allora di aver finalmente attuato quel tipo di Governo misto che gli antichi avevano intraveduto, non attuato, che riunisca in sè quanto hanno di meglio le altre forme, evitandone, anzi rendendone impossibili gli eccessi e gli abusi, mediante una divisione di poteri che sia garanzia del loro perfetto equilibrio.

Quanto ci apparvero diverse le cose vedute non più attraverso le pagine brillanti di MONTESQUIEU, ma nella loro severa realtà! E tuttavia l'esperienza,

se tempera gli entusiasmi, ha questo di buono che educa ed aguzza l'intelligenza e l'ammonisce di limitare i suoi ideali, perchè quelli troppo alti non si raggiungono mai.

*
* * *

Nel diritto penale è una crisi latente finora, se così si vuole, che si manifesta. La scuola positiva⁽⁷⁾ ha sollevato nuovi problemi di cui quello deve occuparsi. Negarli, o passarsene col silenzio o col disprezzo sarebbe assurdo, sarebbe indegno della lealtà dello scienziato! Dove noi collocammo la figura del reato, essa pone la figura del delinquente e la studia con una minuziosa ricchezza di dettagli; dove noi lavorammo su concetti astratti, essa lavora colla paziente osservazione dei fatti e coll'analisi. Noi cercammo in alto la ragione del diritto di punire, e questa ci grida che tutto si riduce alla ferrea necessità della difesa sociale. Vi è chi domanda: è progresso o regresso? La questione è mal posta; noi dobbiamo piuttosto domandarci, da qual parte sta il vero?

Certo questa scuola è una rude reazione, forse troppo rude, contro tendenze che maturarono lungamente nella scienza e dalla scienza passarono nella pratica. È anch'essa un segno dei tempi! La si potrà accusare di giovanile baldanza, si potrà dire che procede a passi troppo affrettati, ma la guerra mossa contro le molli teorie della scuola dominante, ri-

sveglia un senso di simpatia nella coscienza pubblica. Il grido di stupore o d'indignazione, con cui questa accoglie certi giudicati, ci avverte che essa è persuasa che teorie e codici attuali non rispondano più intieramente all'odierno stato sociale, e vuole più adatti e solidi ripari contro l'imperversare della delinquenza. Allorquando in tutta Europa le leggi penali grondavano di lagrime e di sangue perchè a larga mano vi era seminata, anche per lievi delitti, la pena capitale e con raffinata barbarie si inventavano tormenti nuovi, e le carceri, orribili antri, risuonavano delle strida dei rei soggetti alla tortura, era generosa e santa la voce che invocava più umani i giudizi, meno spietati i castighi. I nostri maggiori peccarono per crudeltà; noi abbiamo per una naturale reazione sorpassato il giusto limite, e stiamo forse scontando il fio di una eccessiva indulgenza.

Valga lo sconcertante spettacolo che ci offrono le nostre statistiche penali, in confronto con quelle di altri paesi, e che vanamente si vorrebbe spiegare od attenuare con sottili distinzioni, ad insegnarci che la gloria di una nazione non si misura dalla mitezza delle pene che essa ha stanziato nei suoi codici, o dall'arte con cui ne ha scientificamente architettato le disposizioni, ma sibbene dal coraggio e dall'energia con cui ha combattuto l'aspra battaglia contro il delitto e dai risultati che ne ha conseguito!

Il lievito delle nuove idee fino a qual punto è

già penetrato nella scuola classica del diritto penale; fin dove vi penetrerà? Riescirà essa, come crede, a trasformarla del tutto, oppure persisterà quella a respingerle perentoriamente⁽⁸⁾? Io nol so, nè potrei ora esaminarlo. Ma mi stà profonda nell'animo la convinzione che la fase della scienza del diritto penale iniziata da Beccaria volge al suo tramonto, e presto splenderà l'alba di una nuova. Se non sarà per influenza diretta della scuola positiva, ciò avverrà per l'influenza indiretta che essa avrà esercitata. Forsecchè la Chiesa cattolica ha adottato le idee della Riforma protestante, quando nel Concilio di Trento, modificando internamente il proprio organismo, operava la sua contro-rivoluzione?

*
* *

Nè meno gravi sono i problemi che ci offre oggi il processo penale, e di questi pure basterà accennare alcuno rapidamente. Contro le nequizie della procedura segreta ed inquisitoriale, noi abbiamo invocato la pubblicità dei dibattimenti. Come nei tempi più liberi di Grecia, di Roma, di Germania abbiamo voluto che accusa e difesa potessero svolgersi apertamente, alla luce del sole. Ma ora si comincia a temere che nell'applicazione di questo principio salutare si sia in qualche modo ecceduto, e che la pubblicità, nella forma che ha assunto oggimai, possa nuocere al retto funzionamento della giustizia, alla serietà dei giudizi e perfino alla

pubblica morale. Se il pericolo è vero ed imminente, come si afferma, in qual modo ovviarvi? Come si provvederà a salvare il principio circondandolo di opportuni temperamenti? Questa è la questione. Alla quale è prossima un'altra, più ampia, che da noi ed altrove tiene gli animi oscillanti ed indecisi. Voglio accennare al giurì in materia penale.

Io non farò la storia delle resistenze che questa istituzione ha incontrato nel suo diffondersi in Germania ⁽⁹⁾, degli attacchi che vi ha subito anche recentemente ⁽¹⁰⁾; non ripeterò le accuse che dall'Inghilterra stessa le furono scagliate ⁽¹¹⁾. Ma debbo constatare che, dopo tanti anni che essa funziona in quasi tutta Europa, non è ancor riuscita a vincere ogni diffidenza, e la questione del suo mantenimento o della sua abolizione rimane tuttora aperta. Noi ci troviamo dinanzi ad una reliquia dei tempi che furono. Il primo germe ne fu scoperto negli ordinamenti franchi; dalla Francia il germe fu portato dai Normanni in Inghilterra, dove sotto l'impulso di circostanze favorevoli, che altrove mancarono, si svolse e diventò ciò che è il giurì attuale. Di là questo passò nel continente e noi pure l'adottammo, non però nella sua forma originaria, ma ridotto a tipo francese. L'Inghilterra gli era stata madre, forse la Francia gli fu matrigna. Comunque sia, questa reliquia si è così bene incastornata nei nostri ordini giudiziari da armonizzare

perfettamente coi principii che li informano, da vivere della loro vita? oppure rappresenta il giurì null'altro che l'ultimo rudere di un edificio che è crollato dalle basi? un ramo che si è disseccato svelto dal tronco a cui era unito? In altre parole ha esso compiuto la sua missione preservando l'Inghilterra dagli errori onde si macchiavano, nel resto d'Europa, i giudizi penali e che oramai sono scomparsi; oppure risiede qualche virtù latente in questa istituzione per cui essa possa adattarsi ad ogni clima e ad ogni grado di civiltà e produrre benefici effetti, anche dopo cessate le cause che le diedero la vita? Il problema è vasto e complesso, e chi voglia tentar di risolverlo dovrà ancora esaminare se e fino a qual punto l'ignoranza della legge, che noi supponiamo nei giurati, si concilii coll'obbligo che ha ogni cittadino di conoscerla; se la distinzione tra il fatto ed il diritto possa attuarsi nella pratica sì come pretenderebbe la teoria, e, quel che più monta, se il giurì sia una garanzia per l'indipendenza dei giudizi o costituisca un pericolo per l'amministrazione della giustizia affidata, come può accadere, a giudici troppo inesperti; se eserciti un benefico influsso sui nostri costumi politici, avvezzandoci all'esercizio di una pubblica funzione, od una influenza perniciosa moltiplicando le tentazioni a sottrarci all'adempimento di un pubblico dovere; ed infine, se l'eloquenza forense si elevi educata alle grandi lotte delle assisie o corra

invece pericolo, per più di un motivo, di abbassarsi e corrompersi.

Da questa indagine condotta in modo affatto obiettivo, *sine ira et studio*, su dati che oramai abbondano, lontana da ogni preconconcetto che turbi in qualunque modo la chiara percezione dei fatti, lontana da ogni amplificazione rettorica, deve uscir la sentenza che ammetta definitivamente o condannare il giurì.

*
* *

Non ha i suoi problemi anche il diritto commerciale? E per dirne d'uno solo non ferve intorno a noi la disputa circa ai tribunali di commercio? Anche qui noi ci troviamo di fronte ad una istituzione che ha profonde radici nel passato, e che è sopravvissuta a tutte le radicali innovazioni che hanno subito i nostri ordini giudiziari. Sono maggiori i danni od i benefizi che essa arreca? Questi tribunali, sorti quando il commercio ravvisava e nelle regole del diritto vigente e nella forma del processo altrettanti ostacoli alla sicurezza del credito ed al rapido svolgersi degli affari; quando l'autonomia di ogni corporazione si manifestava con propri statuti e propri giudici, donde attingono la loro ragione di esistere, ora che autonomia di corporazioni e statuti e giudici speciali appartengono al passato e la consuetudine, anche nelle materie commerciali, ogni dì più cede il passo alla legge?

* * *

Ma io mi accorgo che oramai ho abbracciato troppo largo campo col mio discorso e che troppo numerosi sono, a volerli additar tutti, i problemi che offre ogni singolo ramo della scienza.

Perciò rinunzio a toccar d'alcuno di quelli che si affacciano nel diritto amministrativo, nel giudiziario e nel civile (quello del divorzio fra gli altri) e mi arresto ad uno che di tutti è più generale, che sta sopra tutti, almeno dal punto di vista della teoria, e su cui forse non fu mai maggiore che ora la discordia dei pareri.

Sappiamo noi bene che cosa sia il diritto? Ha la scienza stabilito in modo inconcusso donde sorga, come si sviluppi, a che tenda? Sono questioni, come ognun vede, non soltanto di suprema importanza, ma pregiudiziali per la giurisprudenza. La scienza da secoli se ne occupa e non le ha ancora risolte in modo definitivo. Confessiamolo altamente e confessiamolo senza rossore, perchè solo le scienze morte legano un credo alla fede dei credenti, le scienze vive e vitali abbandonano invece le loro teorie al libero esame, e dalla discussione traggono lena e forza a progredire.

Un illustre giureconsulto tedesco ⁽¹²⁾ ha fatto un inventario di tutti i problemi che si rannodano a quelli fondamentali che ho accennato, e che si agitano attualmente nella scienza. Il catalogo è riuscito

piuttosto lungo; io mi proverò a riassumerlo quasi colle sue stesse parole.

« Abbiamo noi trovato una definizione, generalmente ricevuta, del diritto che ci aiuti a distinguere, per certi caratteri esteriori, la sfera del diritto da quella di altre attività sociali?

« È inscindibile dal concetto del diritto la coazione, per modo che sia da relegare nel dominio della morale ogni norma di cui non si possa colla forza ottenere l'applicazione? Oppure basta perchè vi sia una regola di diritto che esista la possibilità di questo impiego della forza, cioè che questo impiego non paia ripugnare alla sua natura, come parrebbe se invece si trattasse di una regola di morale?

« Vi è solo il diritto che emana direttamente dallo Stato, o possono esistere anche altri diritti che da altre associazioni traggano la loro origine? Epperciò esiste egli un diritto nella Chiesa come organismo autonomo?

« Quali i rapporti fra il diritto e la legge? Ha questa così ampii confini da comprendere in sè eziandio la consuetudine che essa consacra col suo tacito consenso? oppure ha la consuetudine una ragion d'essere tutta propria; costituisce essa di fronte alla legge una fonte autonoma del diritto?

« Ed il diritto sta esso tutto nella volontà espressa e tacita del legislatore, oppure al disopra di questo materiale ne esiste un altro che è superiore al

legislatore stesso, esistono le leggi delle leggi? Può richiamarsi a questo diritto più alto il cittadino offeso da un atto del legislatore, ovvero dovrà piegare il capo, perchè infine non si tratti che di un conflitto fra il diritto da una parte e la morale dall'altra?

« Ma siffatte questioni possono parere relativamente di minore importanza e tali da non rendere impossibile del tutto un accordo, se si confrontino con altre che anche più da vicino toccano la sostanza stessa del diritto.

« Dove cercheremo noi la prima fonte, l'origine suprema del diritto? In Dio? nella natura? nello spirito umano?

« Quali forze lo creano? L'egoismo che per prudenza impone limiti a se stesso? o l'impulso religioso? o il morale? o il sociale? oppure è un istinto che ha sede nell'intima natura umana che ci porta a riconoscere i vincoli esterni a cui deve assoggettarsi la nostra volontà?

« Chi forma il diritto? Sono individui che l'inventano? o maggioranze che lo deliberano? società organicamente costituite o meglio l'umanità tutta intiera che lo stabiliscono?

« Come si effettua il suo sviluppo? Cresce come la pianta, o viene plasmata siccome un'opera d'arte? Lo sviluppo è esso spontaneo, necessario, oppure liberamente voluto ed ottenuto?

« Con quali mezzi riesce a signoreggiare il diritto?

Sono i potenti che l'impongono alle masse riluttanti, valendosene come di valido strumento di dominazione, oppure vi ha in esso una forza ideale che per via della persuasione soggioga gli spiriti?

« Nella sua sostanza che cosa è il diritto? Una volontà generale e superiore che si sovrappone alle volontà dei singoli, oppure un semplice limite di ragione apposto al volere stesso?

« Dove risiede la sua efficacia? nella coazione che si accompagna al suo comando, o nella utilità pratica, o nella razionalità del suo contenuto? Che vi è di primario nel suo concetto? l'ordine o la libertà? La legge obbiettiva di cui tutti i diritti non sono che un riflesso? oppure la sfera del diritto soggettivo che la legge non fa che determinare e guarentire?

« E quale è l'ultimo obbiettivo del diritto? È esso solo un sussidio della morale, ovvero deve anzitutto proteggere degli interessi, interessi della società ed interessi di privati? o finalmente è il diritto scopo a se stesso, in quanto realizza l'idea del giusto, come l'arte l'idea del bello e la scienza l'idea del vero? »

*
* *

A siffatti problemi molte e molto diverse fra loro furono e sono le risposte.

Come muta successivamente l'indirizzo scientifico generale, così col suo mutarsi noi concepiamo in

modo differente il diritto e l'ufficio della giurisprudenza. Un acuto scrittore francese ha classificato l'idea del diritto secondo il criterio della nazionalità, e ne ha cercato la manifestazione in Francia, in Inghilterra, in Germania ⁽¹³⁾. Se non si vuol tener conto di radi fenomeni e di apparizioni sporadiche, ma di ciò che di più generale e caratteristico si rivela nel movimento scientifico di una data epoca, forse sarebbe più esatta la classificazione per ordine cronologico.

La filosofia del secolo passato si era impadronita anche del diritto. Nulla di più naturale, perchè allora essa dominava ogni ramo del pensiero umano. Pareva che ella fosse scesa

di cielo in terra a miracol mostrare,

ed alla nuova divinità spettasse oramai, senza contrasto, l'imperio del mondo. Essa l'avrebbe ricostituito su nuove basi, perchè tutto ciò che si era fatto fino allora non era che il frutto della violenza, della perfidia, degli errori degli uomini. Questa condanna pesava sulle vecchie leggi e sulle vecchie istituzioni. « Alcuni avanzi di leggi, diceva Beccaria, di un antico popolo conquistatore, fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia coi riti longobardi ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni, che da una gran parte dell'Europa ha tut-

tavia il nome di leggi, ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi, che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iracunda compiacenza suggerito da Farinaccio, sieno le leggi, a cui con sicurezza obbediscono coloro, che tremando dovrebbero reggere la vita e le fortune degli uomini » (14).

Così è sorta la scuola del diritto naturale. La filosofia aveva cercato di rifabbricare il tipo dell'uomo primitivo, libero da ogni influenza che la civiltà attuale, che la storia passata avessero potuto esercitare sopra di lui (15). Di quest'uomo essa studiava i diritti innati, quelli cioè inerenti all'umana personalità, che è sempre e dovunque la stessa. Quando li avrà trovati e li avrà scolpiti nelle leggi, queste, come la verità, non conosceranno più nè i confini dello spazio, nè quelli del tempo. Con tali idee si è iniziata l'opera di codificazione nell'Europa moderna.

Noi possiamo ora sorriderne e proclamare altamente che la scuola del diritto naturale è morta, per non risorgere più mai. Ma non potremmo obliare senza ingratitudine che, come le audacie dello spirito filosofico hanno dato il crollo a tante istituzioni antiquate, risparmiando loro una lenta agonia, così le audacie della scuola del diritto naturale hanno giovato, nel diritto penale specialmente, ad accelerare il moto del progresso, che senza questa spinta vigorosa si sarebbe svolto in un assai più lungo numero d'anni.

E non dobbiamo neppure dimenticare che le piante che hanno infisse le loro radici profondamente nel suolo serbano, ancora dopo che il tronco ne è divelto, germi di vita. La scuola del diritto naturale ha cessato di esistere; ma quel fondo di dottrine che essa ha bandito non si è disperso del tutto. Non sarebbe difficile raccoglierne i segni; basti por mente all'art. 3° delle disposizioni preliminari del nostro Codice civile che scende in linea più o meno diretta dall'art. 7° del Codice generale austriaco. Anche nella scienza vi hanno delle correnti latenti che sfuggono a chi osserva solo la superficie, ma che pure esercitano o possono esercitare un giorno la loro influenza.

*
* *

La scuola storica ha combattuto ed ha trionfato di quelle tendenze. Io non ripeterò cose a tutti note dicendo com'ella sia sorta. Ricordo che il suo programma fu scritto da Savigny nel 1814 ⁽¹⁶⁾. E ricordo la data perchè essa ha un'importanza speciale.

I suoi teoremi fondamentali, in poche parole, son questi. Il diritto è un portato della coscienza del popolo, al pari della sua lingua, dei costumi, della costituzione politica. Un solo soffio di vita li anima tutti. La giovinezza di un popolo è povera d'idee, ma essa ha una chiara coscienza delle sue condizioni e dei suoi rapporti; li sente più vivamente che noi. Anche le regole del diritto privato diventano

oggetto della fede popolare. Ma le funzioni intellettuali hanno, per mantenersi, bisogno di estrinsecarsi in alcunchè di materiale. La lingua si incorpora nel suo uso quotidiano; la costituzione politica nei pubblici poteri; il diritto privato, ai tempi nostri, in massime che si comunicano collo scritto o colla parola. Ora ciò suppone una potenza d'astrazione considerevole, quale non è possibile in quei tempi primitivi. Soccorrono allora al bisogno i simboli di cui è ricco ogni diritto nella sua infanzia. Così il diritto si impronta del carattere del popolo che l'ha creato; con esso nasce, si svolge e decade. Solamente dopo che la civiltà ha progredito, e la divisione del lavoro si è effettuata in ogni ramo dell'attività umana appaiono, come una classe distinta dalle altre, i giureconsulti. Questi diventano gli interpreti della coscienza popolare, meglio, ne sono i rappresentanti; perchè loro unicamente d'ora innanzi è devoluta la funzione giuridica che prima si esercitava da tutta la nazione. Sono essi che danno al diritto linguaggio, forma ed andamento scientifico; perciò per opera loro all'elemento *naturale* (il Savigny lo chiama *politico*), quello cioè che è dato dalla coscienza popolare, si viene ad aggiungere l'elemento *tecnico* del diritto ⁽¹⁷⁾.

*
* *

Chi vorrà negare che queste dottrine avessero, quanto meno, una grande apparenza di vero? Se

così non fosse, come si riuscirebbe a spiegare l'immensa influenza che la scuola storica ha esercitata? Perocchè qualunque giudizio si voglia portare sopra di essa è con un sentimento misto di ammirazione e di riverenza che ci conviene profferirlo; dacchè è la scuola storica che, con potente impulso, ha promosso in Germania quelle ricerche fortunate sopra la storia del diritto romano e tedesco, che poi con sì larga onda hanno fecondata la scienza oramai in tutta Europa; è dessa che ha assicurato più di cinquant'anni di gloria e di grandezza a quella nazione, anche nel campo della giurisprudenza.

*
* *

La scuola storica in tempo relativamente breve vinse le prime resistenze che aveva provocato al suo nascere.

Nella prefazione al suo *Sistema del diritto romano*, scritta nel 1840, Savigny poteva con intima soddisfazione misurare il cammino percorso dalle sue idee; precisare gli intenti che egli ed i suoi si erano prefissi; attenuarli, fors'anche, in qualche parte e tendere, come vincitore, la mano agli avversari.

Infatti la scuola aveva cominciato a dare i suoi frutti e vedeva ogni giorno crescere il numero delle sue reclute; fra cui alcuni dei più giovani e valenti cultori della scienza, e quei molti, che, come suole accadere, seguono la direzione del vento che spira (18). Eppure come era stata acre la lotta, così non ces-

sarono dopo la vittoria le discussioni. La storia della lotta l'ha scritta Savigny stesso ⁽¹⁹⁾; le discussioni sorte più tardi terranno un posto eminente nella letteratura giuridica germanica.

Mentre in un suo opuscolo, di cui la prima edizione fu pubblicata nel 1839, BLUNTSCHLI ⁽²⁰⁾ predicava la conciliazione fra le varie scuole, la conciliazione fra storia e diritto, stavano appunto per scoppiare più vive le discussioni fra i giureconsulti. Fu una lunga battaglia che si combattè fra Romanisti e Germanisti; ma, pendente la lotta, si allargò via via il campo della disputa, sicchè tutti, o quasi tutti, i punti principali delle dottrine della scuola storica furono messi in quistione ⁽²¹⁾.

La nota patriottica vibrava essa pure talvolta nella discussione. Alla nazionalità fittizia che la scuola storica aveva voluto assegnare, come conseguenza della sua recezione in Germania, al diritto romano, si voleva sostituire, anche per parte degli aderenti a quella scuola, una nazionalizzazione vera e completa. « La generazione che ora si educa, esclamava WINDSCHEID, deve avere per bandiera: diritto nazionale. Deve avere per regola di fede che una giurisprudenza tedesca non può che essere il frutto di una scienza tedesca... È tempo che al popolo germanico non suoni più il suo diritto in lingua straniera; che egli non obbedisca più che a norme che il suo genio abbia creato » ⁽²²⁾. « Noi dobbiamo, soggiungeva KUNTZE, infondere il nostro spirito moderno

che è più caldo e più elastico nei freddi dettami dei giureconsulti di Roma » ⁽²³⁾.

La teoria del diritto popolare e del diritto dei giureconsulti insegnata dalla scuola storica e difesa da THÖL ⁽²⁴⁾ trovava in BESELER ⁽²⁵⁾ un vigoroso avversario.

SCHMIDT combattendo un punto fondamentale della dottrina della scuola dominante, contesta l'applicabilità del diritto romano alla Germania, perchè ogni suo principio si trova in contraddizione con quelli del diritto germanico ⁽²⁶⁾. Ed HAHN per contro sostiene, che nella loro intima essenza i principi dell'uno convengono con quelli dell'altro diritto. Solo la forma vi è diversa, ma il loro sviluppo tende sempre più ad avvicinarli ⁽²⁷⁾.

Altri impugnava l'origine del diritto secondo la scuola storica, e, preludendo ad idee più moderne, voleva rintracciarla in una meccanica del volere risultante dal volere dei singoli ⁽²⁸⁾.

ARNOLD muoveva appunto ai fondatori di quella scuola di non aver tenuto abbastanza conto delle relazioni che il diritto ha colla coltura, non soltanto nelle sue origini, ma durante tutto il suo svolgimento e del rapporto costante in cui esso si trova sempre con tutti gli altri aspetti della vita del popolo, segnatamente colle sue condizioni economiche ⁽²⁹⁾.

Recentemente ancora GNEIST notava che il difetto principale della scuola storica consiste in ciò che

essa ha trascurato l'elemento sociale dello sviluppo dell'umanità ⁽³⁰⁾.

IHERING se ne discostava via via nel suo *Spirito del Diritto romano*, ed in quello sulla *Lotta pel Diritto* proclama apertamente la sua diserzione dalla scuola storica ⁽³¹⁾.

*
* *

Sarebbe impossibile riassumere in poche parole tutto il lavoro di demolizione che fu fatto intorno a quella scuola. Alcune delle accuse che le furono dirette erano senza dubbio ingiuste od esagerate; ma se, non fermandoci a questa od a quella in particolare, guardiamo al loro complesso ed all'esito che ebbe la lunga polemica, parmi di poter affermare che ne sia risultata la sua condanna. Una condanna la quale non la involge tutta, e risparmia alcune delle tendenze che le furono proprie, le quali, anzi, si possono ritenere oramai come conquista definitiva della scienza; ma colpisce alcunchè di essenziale nelle sue dottrine, onde il filo che teneva insieme unito tutto il sistema è spezzato e la scuola diventa

un'ombra vana, fuor che nell'aspetto.

*
* *

Chè è rimasto, per esempio, di quello spirito del popolo, di quella coscienza popolare che dovrebbe essere quella che genera il diritto? Non ha ragione chi sostiene che questa è una semplice astrazione;

che dal diritto, come dalla lingua o dal costume di un popolo si può riconoscere il suo genio, ma non dal suo genio il suo diritto⁽³²⁾? Ad ogni modo la locuzione è indeterminata e vi è pericolo, osservava acutamente GOETHE, che col « Volksgeist » si confonda il « der Herren eigenen Geist »⁽³³⁾.

Non è forse troppo unilaterale una teoria, che prende a base unicamente, o quasi, lo svolgimento storico del diritto romano, come se per gli altri diritti non esistesse pure una storia? Si è forse mal apposto IHERING, il quale non ammette che la formazione del diritto proceda quasi inavvertita e senza sforzo, pari a quella della lingua; che le nuove massime giuridiche vengano alla luce in modo tanto immediato e spontaneo quanto una regola linguistica, ed osserva che per contro ogni nuovo principio di diritto ebbe a lottare contro le antiche tradizioni ed i pregiudizi inveterati ed un cumulo d'interessi, che congiuravano tutti insieme a precludergli il passo⁽³⁴⁾? Anche nell'ordine sociale, quale delle verità che ora sono più generalmente ricevute, quale dei principii, intorno alla cui giustizia oramai non è più possibile il dubbio, non dovette aprirsi la via in mezzo ad infinite difficoltà? per quale la vittoria non fu il premio di lotte talora sanguinose, sempre lunghe ed aspre?

La conseguenza, presentita o no non importa, della scuola storica, non è forse quella di considerare come legittimo tutto ciò che esiste, ogni regola



del diritto vigente, perchè la coscienza del popolo l'ha fatta sua e per tal modo l'ha resa intangibile? In nome di qual principio condannerà essa un'istituzione, per quanto iniqua, che si trovi per una o per un'altra ragione aver gettato le sue radici presso un popolo⁽³⁵⁾? È il BRUNS, seguace in fondo della scuola storica, che scrisse: « La teoria dominante da Savigny in poi, rappresenta soltanto lo stato normale e lo generalizza; ma disconosce che possano darsi anche condizioni anormali in cui il legislatore non sia figlio e veicolo dello spirito del popolo, ma invece colla conquista e coll'usurpazione imponga leggi che si trovino nel più aperto contrasto col genio del popolo e colla sua coscienza giuridica. Voler ricondurre anche ciò alla coscienza del popolo solo perchè, rassegnato, esso ha accolto il diritto straniero, non è che un vuoto e indegno sofisma »⁽³⁶⁾!

Non vi è un vizio organico, o quanto meno alcunchè che la mette in contraddizione con taluna delle tendenze più spiccate dell'epoca attuale, in una teoria che logicamente è condotta a respingere ogni codificazione? So bene che una sentenza così assoluta non fu pronunciata, ma so pure che essa è la conseguenza ineluttabile di una dottrina che ritiene inutili i codici, quando non sono dannosi; e ad ogni tentativo di codificazione oppone la questione pregiudiziale, la scienza è abbastanza progredita per permetterla⁽³⁷⁾? Le ossa di THIBAUT dovettero, dopo

tanti anni, esultar nella tomba all'annuncio che la Germania dopo aver codificato altre parti del suo diritto si accingeva alla compilazione di un codice civile unico per tutto l'Impero⁽³⁸⁾. Anche nella scienza, le vittorie d'oggi vendicano le sconfitte di ieri!

*
* *

La scuola storica, accanto all'elemento *politico* del diritto, ha posto l'elemento *tecnico*; quello che è in mano dei giureconsulti e rappresenta il risultato del loro lavoro. L'aggiunta di questo nuovo elemento era necessaria, perchè la sua teoria non venisse a trovarsi in urto con alcuno dei più noti fatti storici. Ma è essa riescita ad armonizzare bene l'uno coll'altro? a dimostrare la provenienza dell'elemento tecnico dal politico? la loro concatenazione logica? i legami che li dovrebbero unire insieme indissolubilmente? O non ha essa creato invece due enti che possono stare perfettamente da sè; peggio, che possono trovarsi discordi fra di loro? Perchè mai, fu domandato con ragione, questo spirito del popolo, creatore del diritto, non funziona che nella sua infanzia e quando il popolo è fatto adulto sospende la sua azione? La coltura del popolo è cresciuta, ma il suo spirito è diventato inattivo. L'inerzia lo ha colpito appunto nel momento in cui più sarebbe maturo all'azione⁽³⁹⁾! Non v'ha in ciò alcunchè d'inesplicabile, di contraddittorio?

D'altra parte, notava sagacemente BESELER: « Il di-

ritto dei giuristi non è necessariamente una continuazione del diritto popolare; può anche essere un diritto semplicemente consuetudinario » (40). E testè ancora ripeteva: « Possono darsi circostanze in cui i giuristi esercitino una così illimitata padronanza sopra il diritto, che loro diviene possibile di attuar nella pratica le loro vedute giuridiche, senza curarsi se esse collimino o no colla coscienza e coi bisogni del popolo; onde divengono essi stessi una vera fonte di diritto » (41).

*
* * *

Il diritto è eminentemente nazionale; ogni popolo produce ed ha il proprio diritto, come la propria lingua. Così afferma la scuola storica. E così fosse, perchè noi ravvisiamo sempre un non so che di sacro nel retaggio che i nostri maggiori ci lasciarono, acquistato col loro lavoro, e che noi dobbiamo tramandare ai nostri figli!

Chi non ricorda i versi famosi:

Leggi, diritti e patti
Quasi malor, trapassano in retaggio
Dall'una all'altra stirpe, e quatti quatti
Si strisciano da questo a quel paese.
Una demenza diventa la ragione,
Si muta il beneficio in un oltraggio.
Oh sventurato
Chi tardi al mondo venne! Or più questione
Non è del dritto che nell'uomo è nato! (42)?

Più spietata che il sarcasmo di Mefistofele, la storia distrugge la splendida chimera.

Niun dubbio che la nazionalità sia uno dei fattori del diritto; niun dubbio che nell'epoca più antica ne sia anche il fattore precipuo; ma esso non ne fu mai il fattore unico; più si va innanzi nel tempo, e più scade la sua importanza. Nessun diritto fu mai esclusivamente nazionale; tutti, qual più qual meno, subirono l'influenza di altri diritti. Subì il romano l'influenza del diritto dei popoli più colti fra i soggetti, e non giunse a sì alto grado di eccellenza se non a patto di svestirsi di tutto ciò che era in lui di troppo rigidamente nazionale. Il *jus civile* soggiacque al *jus gentium*, ed in questa forma il diritto romano s'impose al mondo ed ai secoli futuri. Perocchè tre volte Roma ha vinto il principio di nazionalità: l'ha vinto col suo Diritto, col suo Impero, colla sua Chiesa ⁽⁴³⁾!

Il diritto di un popolo, per quanto chiuso in se stesso, può aprirsi per accogliere un istituto d'origine straniera, e triste sarebbe il giorno in cui ad ogni norma volesse chiedersi la sua fede di nascita, e noi vedessimo, come ingiuria al progresso, alzarsi tutt'intorno a noi le barriere di un nuovo protezionismo giuridico. Questo scambio degli istituti giuridici fra l'uno e l'altro popolo avviene più frequente che mai ai giorni nostri; in nessuna altra parte del diritto in modo più benefico e largo che in quella che riflette il commercio.

V'ha di più. Un popolo può da un altro ricevere intiero, o poco meno, il suo diritto. È strano, l'ha

avvertito IHERING ⁽⁴⁴⁾, che si sia proclamata la teoria della nazionalità del diritto appunto in Germania, dove è accaduto il grande fatto dell'accoglimento del diritto romano. Giuristi tedeschi, educati alla scuola di un diritto straniero, di cui patrocinano lo studio e l'applicazione, sostengono che il diritto è per sua natura nazionale. Per spiegare il fatto della recezione del diritto romano, la scuola storica ha trovato, abbiain detto, l'elemento *tecnico* del diritto; ha creato la finzione dei giureconsulti che ad una data epoca diventano i rappresentanti della coscienza popolare. Ma allora non era ancora stata scritta quella pagina della storia del diritto germanico; ora che essa è aperta avanti a noi ⁽⁴⁵⁾, possiamo vedere quanta resistenza opponesse lo spirito pubblico all'invasione del diritto romano; quali arti si impiegassero a domarla; possiamo seguire le fasi di quella grande lotta fra il popolo ed i giureconsulti e darci ragione del motto caratteristico che allora per la prima volta ha echeggiato in Germania « Juristen böse Christen! » Giuristi, cattivi cristiani ⁽⁴⁶⁾!

E guardiamoci intorno Noi che abbiamo tolto in gran parte il diritto pubblico all'Inghilterra, l'amministrativo al Belgio, il privato alla Francia, possiamo noi dire che il nostro diritto sia sangue del nostro sangue, carne della nostra carne, e con qual fronte affermeremmo che la storia del nostro diritto passato illumini il nostro diritto presente!

* *

La scuola storica è morta, come quella del diritto naturale che l'aveva preceduta. Alcuno, rannodando più o meno forzatamente le teorie di SAVIGNY con quelle di STAHL, ha voluto vederci null'altro che uno strumento, un'arma di assolutismo politico (47). L'accusa, per ciò che riguarda il suo fondatore, sarebbe ingiusta, e, d'altronde, parmi che considerata a questo modo la questione si rimpicciolisca.

La scuola storica, come quella del diritto naturale, rispondevano ad una speciale tendenza degli spiriti, quando nacquero. Non cerchiamo di metterle d'accordo; le antitesi si spiegano, non si conciliano.

La scuola storica fu una naturale reazione contro quella che l'aveva preceduta. Ho ricordato la data del 1814 come quella in cui fu pubblicato il suo programma. Potrei ricordare ancora come press'a poco a quell'epoca, nel dominio della letteratura, sorgesse con tendenze affini la scuola romantica (48). Poc'anzi si era versato lo scherno ed il disprezzo sopra il passato; ambedue volevano idealizzarlo. Dopo tanti rivolgimenti, dopo scosse così gagliarde, gli spiriti stanchi domandavano riposo. I sublimi ideali, che la generazione precedente aveva vagheggiato nei suoi ingenui entusiasmi, erano svaniti come nebbia al sole; ora sugli animi incombeva la dura realtà del presente. La filosofia aveva preteso, anche nel

campo del diritto, di demolire il passato; la scuola storica insegnava che il passato non si distrugge e domina il presente. Quella ha proclamato l'onnipotenza dell'individuo, questa invece ne ha constatato l'impotenza. La prima ha collocato tutto il diritto nella legge; la seconda ne lo ha cacciato fuori. La scuola del diritto naturale ha sospinto la giurisprudenza sui campi infecondi della speculazione astratta; la scuola storica l'ha ricondotta sul terreno più sicuro dell'osservazione e dell'analisi attenta dei fatti.

In ciò sta il suo massimo titolo d'onore; in ciò il servizio imperituro da lei reso alla scienza. Essa non ha saputo additare la prima fonte donde sgorga il diritto; ha errato nello stabilirne i fattori; nel descrivere il modo con cui si viene svolgendo: ma ha posto in sodo che il diritto è un fatto storico e sociale, non un puro concetto della mente umana. Non ha sciolto il problema che cosa sia il diritto, ma ponendolo ne' suoi veri termini ne ha agevolato la soluzione. Ed ha fatto anche di più, perchè ha costretto la filosofia ad associarsi d'ora innanzi colla storia.

* * *

Fu chiesto, la scuola storica ha essa inaugurato la filosofia positiva dei nostri giorni (49)? Se per positivismo s'intende quello che si vale del metodo positivo, niun dubbio che la scuola storica l'ha inaugurato nel campo delle scienze sociali, ed in questo

sensò essa ben può appellarsi una scuola positiva. Ma se per positivismo vogliasi intendere quel complesso di dottrine che prendono nome da COMTE, da DARWIN e da SPENCER, per non nominare che i maggiori, io non vedo che cosa quella abbia di comune con queste. Il concetto della evoluzione che le caratterizza non ha mai, in tal forma, brillato alla mente nè di SAVIGNY nè de' suoi seguaci; niuno di essi studiò la giurisprudenza in relazione con altre scienze; niuno credette che essa potesse attingerne una parte de' suoi dati; niuno d'essi infine ha spinto lo sguardo al di là del mondo romano e germanico. Quelle dottrine non hanno avuto la loro culla nella giurisprudenza; sono nate e cresciute nel dominio di altre discipline ed ora appena battono alle porte della nostra scienza e l'allettano con seducenti promesse.

*
* *

È vero che da tempo si manifestavano in essa i sintomi che precedono le grandi rivoluzioni. Sono già corsi parecchi anni da che WINDSCHEID esclamava: « per la scienza come per l'individuo vi sono dei momenti in cui comincia una vita nuova. Chi potrà negare che ora appunto la scienza del diritto romano si trovi in uno di tali momenti » (50)?

È fin dal 1856 che KUNTZE, passando in rassegna tutto il movimento che ferveva nella giurisprudenza germanica, avvertiva i segni di una crisi imminente. « La nostra fede, diceva, nella solidità delle fonda-

menta è perduta, noi sentiamo scosso l'edifizio e vacilliamo e tremiamo in esso e con esso » (51)!

Gli insuccessi delle scuole e dei sistemi infondevano un profondo scetticismo negli animi, e vi fu persino chi dubitò dell'utilità della giurisprudenza. Essa non ha nessun valore, proclamava KIRCHMANN in un opuscolo (52) che ha levato alto rumore, nè come scienza, nè come pratica. Le vostre leggi non colgono il diritto attuale che vi sfugge, perchè continuamente si trasforma e rappresentano sempre una fase che è già passata; i vostri tribunali per conseguenza applicano sempre un diritto che non è più. Il vostro diritto voi lo desumete da vecchi codici e da più vecchi libri che il popolo non comprende, ed esso si abitua a considerare la vittoria in una causa come una vincita ad un gioco di sorte. Aboliamo questa giurisprudenza che oramai è senza valore; lasciamo che uomini del popolo decidano essi stessi le liti col buon senso e col minor corredo possibile di leggi.

Ed altri, in diverso ordine d'idee, ammoniva che quello che noi possediamo è empirismo, non scienza; è la riproduzione di ciò che esiste, la descrizione del fenomeno, non l'indagine delle cause che lo producono; l'esame della regola pratica del diritto, non la ricerca delle leggi con cui il diritto stesso si svolge. « La nostra, diceva v. STEIN, è una nozione del diritto; ma la scienza vera è quella che studia le forze che lo generano » (53). Epperò,

mentre alcuno propone di assidere la giurisprudenza sulla base dell'economia politica ⁽⁵⁴⁾, egli, pur apprezzando la grande importanza che l'elemento economico ha nella vita sociale, una anche maggiore ne attribuiva all'elemento dello Stato; sicchè la giurisprudenza diventava per lui quasi una scienza dello Stato.

*
* *

A queste aspirazioni ad un rinnovamento radicale il positivismo si è assunto di dare soddisfacimento. Io non dirò certo che esso l'abbia già dato, nè che la meta sia prossima; soggiungerò anzi che non si tratta al momento attuale che di tentativi, i cui risultati sono ancora troppo immaturi per porci in grado di darne sicuro giudizio. Ma essi rivelano una certa tendenza degli spiriti, una fase nell'ordine intellettuale che per la necessità stessa delle cose deve trarre nella sua orbita anche la nostra scienza ⁽⁵⁵⁾. Potrà essere questione di limiti e di misura; certo nessuna disciplina, che abbia un organismo suo proprio, può accettare da altre, più o meno affini, i principii, senza averli prima rigorosamente riveduti ed adattati in certo modo al suo ambiente; ma l'esperienza ci insegna che la giurisprudenza ha resistito talora, ma ha sempre finito per cedere al prevalente indirizzo scientifico.

*
* *

Ho accennato già prima alla scuola positiva nella

sfera del diritto penale. Una tendenza positiva si rivela pure nella così detta *giurisprudenza comparativa, od etnologica* ⁽⁵⁶⁾, che considerando il diritto come una parte integrante della storia della cultura non si limita a questo od a quel popolo, ma cerca di comprenderli tutti nella cerchia delle sue investigazioni e seguire i passi che in questa via ha fatto l'umanità. Paragonando fra di loro i diritti dei varii popoli che vissero e vivono in epoche e luoghi così distanti fra loro, essa cerca di spiegarli l'uno coll'altro, e colmare in tal modo le lacune che la storia di ciascuno possa offrire. Avendo così davanti agli occhi, come in un quadro, tutto lo svolgimento del diritto dall'epoca preistorica fino alla nostra, perchè la giurisprudenza comparativa non studierà la legge che regola questo svolgimento; perchè non elaborerà con questo intento l'immenso materiale scientifico che essa sta raccogliendo? La tentazione doveva nascere quasi spontaneamente. Ed il Post, il fondatore di questa nuova scuola ⁽⁵⁷⁾, ha pronunciato la grande parola; mentre altri pare che esiti a proferirla come un grido che suoni ribellione nel campo delle vecchie idee ⁽⁵⁸⁾. L'ha pronunciata nel suo libro « Le basi del diritto e le linee fondamentali della storia del suo sviluppo - Guida alla costruzione di una scienza generale del diritto su base sociologica », che è venuto dietro ad una lunga serie di pubblicazioni in cui le sue idee non erano ancora definitivamente fissate; l'ha

pronunciata anche più arditamente nel suo ultimo opuscolo in cui impugna la scienza che si fonda sopra l'osservazione psicologica individuale e proclama che il compito che ci si impone è di rintracciare la coscienza giuridica umana nel riflesso che ne danno le vedute e gli istituti giuridici di tutti i popoli della terra. Se la giurisprudenza etnologica, egli afferma, riesce a questo risultato, il suo trionfo è sicuro; le leggi secondo cui si sviluppa il diritto non saranno più un segreto per noi! Certo la sociologia non ha ancora stabilito in modo definitivo nè le sue basi nè i suoi limiti; ma la giurisprudenza etnologica, almeno nel concetto del suo fondatore, naviga oramai a vele spiegate nelle acque della sociologia.

Presso di noi, come in Francia ⁽⁵⁹⁾, vi ha chi chiede il rinnovamento della scienza del diritto civile sulla base delle dottrine darwinistiche o sociologiche ⁽⁶⁰⁾. Ed in Germania è la voce di un grande romanista, di IHERING, a cui altri scrittori fanno eco in Russia ⁽⁶¹⁾, che si leva ad annunciare nuovi metodi e nuovi sistemi. Egli si è assunto di ricostruire la scienza su nuovi fondamenti. La legge dello scopo impera nel diritto, egli dice, come quella della causalità sulla natura. Nello scopo sta l'io, sta l'umanità, sta la storia. Gli scopi, ossia gl'interessi divergenti, cozzanti sovente fra loro, sono tenuti in freno da un complesso di impulsi e di forze che costituiscono la *meccanica sociale*. La *meccanica sociale*.

ecco l'obbiettivo, per lui, della giurisprudenza dell'avvenire! (62).

Contemporaneamente un dotto germanista DAHN, pur non approvando interamente le idee di IHERING, va forse più in là, perchè vuole stabilire donde la scienza del diritto debba trarre le sue fonti di vita. « Noi domandiamo ad una filosofia del diritto, egli scrive, che voglia essere una scienza e non una raccolta di frasi, che essa si fondi sopra la scienza comparata dei popoli, sulla loro psicologia, sull'etnologia, e sull'antropologia nel suo più largo senso » (63). Ora che è questo se non la giurisprudenza sociologica?

Constatiamo questo fatto. La filosofia, sotto la nuova sua forma, invade ogni dì più la nostra scienza. La fine del secolo la vedrà forse insediata nuovamente là donde, non sono molt'anni, la si credeva per sempre sbandita. Non gettiamo un grido d'allarme, che sarebbe fuor di luogo. Tale è la vicenda delle cose umane. E d'altronde perchè vorremmo vietarle di tentare, dal suo punto di vista, quei problemi vitali del diritto intorno a cui indarno finora si è affaticato l'ingegno dei giureconsulti?

*
* *

Signori,

Da questi problemi che si agitano senza posa, da queste controversie che ogni giorno rinascono,

sorge un grande insegnamento per noi tutti e per voi più specialmente, o giovani egregi, a cui in particolar modo è dedicata la solennità di questo giorno; voi che alla scienza portate il tributo delle fedì ardenti e dei vergini entusiasmi, voi per cui ha tante seduzioni l'ora presente, tante promesse serba l'avvenire!

La scienza non consiste in una serie di dogmi che placidamente si svolgano l'uno dall'altro. Là dove ella comincia, là dove finisce si asside il dubbio. Essa è lotta ostinata, continua di tutti i giorni e di tutte le ore; questa è la sua condizione di vita. Perciò non è fatta pei pusillanimi; disdegna i timidi amici e scrive alteramente sulla sua soglia

Ogni viltà convien che qui sia morta!

Ma sono queste lotte che temperano gli ingegni, che rinfrancano i caratteri; sono questi dubbi che ci apprendono la temperanza nei giudizi, che ci ispirano una istintiva ripugnanza per tutto ciò che è troppo assoluto.

La scienza solleva gli animi in più spirabil aere ed infonde loro sempre nuova energia. Perchè voi vedrete nella vita tramontar molti ideali; quelli onde s'irradia la scienza, che sono tra i più alti e i più puri, non tramontano mai!

Ma coltivatela con un largo spirito di tolleranza verso ogni opinione scientifica, o antica o nuova che essa sia. La scienza moderna non conosce i

rogli, non deve conoscere l'anatema. Ricordate che non vi è verità che non sia stata un giorno battezzata per errore; non vi è principio oggi inconcusso che domani forse non possa venir sconsacrato.

Così procede la scienza. Sulla sua via faticosa si alternano le brevi bonaccie e le lunghe tempeste; si accumulano le rovine del passato e si drizzano i pregiudizi del presente; ma procede — e ad ogni passo che ella muove innanzi le nostre anime, assetate di verità, sentono un fremito d'esultanza; come quando un raggio di sole squarcia le nubi, ed illumina del suo splendore un lembo di cielo.

NOTE

(1) Sotto l'impero Cicerone non avrebbe più dimostrato quel superbo disprezzo per la giurisprudenza che egli ostentava nell'orazione a favore di L. Murena, tanto da porla molto al disotto dell'oratoria e dell'arte militare sopra tutto. Egli allora avrebbe potuto dare anche alla giurisprudenza questo vanto, che « haec nomen populo romano, haec huic urbi aeternam gloriam peperit; haec orhem terrarum parere huic imperio coëgit » (*Pro Murena* 10).

(2) V. questo concetto largamente ed acutamente svolto in FRANKEN, *Romanisten und Germanisten* (Jena, 1882); il quale però ne fa un'applicazione, per quanto riguarda le scuole odierne, alquanto esagerata.

(3) SAVIGNY, *Storia del Dir. rom. nel M. E.* (trad. BOLLATI, Torino, 1859), II, 74, 360. — HAENEL, *Dissensiones dominorum* (Lipsiae, 1834).

(4) Su questo proposito v. SCHUPFER in *Ann. Giurispr. it.*, p. III, 1871, pag. 115. — STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Erste Abth.* (München, 1880) p. 111 e segg. — NANI, *Di un libro di Matteo Gribaldi Mosa* (Estr. dalle Mem. R. Acc. delle Scienze di Tor., S. II, t. XXXX), p. 11 e segg. ed autori ivi citati.

(5) MANZONI, *Adelchi*, att. 5^a, sc. 8^a.

(6) L'enumerazione degli A. si può leggere in BRUNIALTI, *Le forme del governo* (Estr. dalla *Bibl. di Scienze Polit.*, II) p. CXXIV (1) e ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (*Arch. giur.*, XXVI, 3-6), p. 523 (1). È da aggiungere ora PERSICO, *Le rappresentanze politiche ed amministrative* (Napoli, 1886).

(7) Le numerose pubblicazioni di questa scuola, dalla prima edizione dell'*Uomo delinquente* di LOMBROSO (Torino, 1876), fino all'ultima che ne riassume le dottrine LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FIORETTI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva* (Bologna, 1886), sono troppo note perchè qui occorra di citarle.

(8) Si cons. in proposito LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale* (Torino, 1886) dove, del resto, la critica delle nuove teorie è fatta in modo assai più serio e temperato di quanto il titolo del libro, a primo aspetto almeno, farebbe supporre. V. pure fra gli ultimi e più importanti lavori della scuola classica, BRUSA, *La morale e il diritto criminale al limbo* (Torino, 1880) e *Appunti per una introd. al corso di Dir. e proc. penale* (Torino, 1880) spec. p. 33 e segg. — BUCCELLATI, *Istituzioni di Diritto e Procedura penale* (Milano, 1844) e *I recenti avversari della scienza del diritto penale* (nei *Rendiconti del R. Istituto Lombardo* del corrente anno). — Cfr. PIPERNO, *La nuova scuola di diritto penale in Italia* (Roma, 1836). — A. LYON, *La nuova scuola penale* (Torino, 1886). — BENEVOLO, *La scuola classica e la nuova scuola positiva* (Torino, 1886) e l'interessante monografia di TARDE, *La criminalité comparée* (Paris, 1886).

(9) Il primo progetto del Codice germanico di procedura penale sostituiva al giudizio per giurati quello per scabini. La sostituzione era caldamente patrocinata dal Procuratore generale di Stato sassone SCHWARZE e diede luogo a vive discussioni. V. SEUFFERT, *Ueber Schwurgerichte und Schöffengerichte* (München, 1873) p. 22 e segg., e GLASER in HOLTZENDORFF'S, *Rechtstlex.* (3. Aufl.) p. 637. — Tra gli scritti dove allora fu agitata la questione ricordo, oltre SEUFFERT cit., SCHWARZE, *Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform* (Erlangen, 1865); Id., *Die Schöffengerichte im Königreich Sachsen* (in GOLDTDAMMER'S, *Archiv.* vol. XVII, 257; XVIII, 585); Id. *Ueber Schöffengericht und Schwurgericht* (Leipzig, 1873). — GLASER, *Schwurgerichtliche Erörterungen* (Wien, 1875). — MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte* (in *Samml. gemeinw. wiss. Vortr. v. VIRCHOW u. HOLTZENDORFF*, H. 18) (Berlin, 1886). — JOHN, *Ueber Geschwornengerichte und Schöffengerichte* (Berlin, 1872). — MAYER, *Geschwornengerichte und Schöffengerichte* (Frankfurt, 1872). — MEYER, *Die Frage des Schöffengerichts* (Erlangen, 1873). — *Denkschrift über die Schöffengerichte* (Berlin, 1873). — *Verhandl. des 9. deutschen Juristentages* (Pareri di BECKER, BINDER e MERKEL). *Anlagen zum Bd. 2*, S. 1, 18, 33. — *Ibid.*, Bd. 2, S. 172.

(10) Nel congresso tenuto lo scorso settembre a Wiesbaden dai giuristi tedeschi si riaccese la controversia fra sostenitori dei giurati e sostenitori degli scabini. Notèvole, fra gli altri, fu il discorso di GNEIST, il quale, pur riconoscendo i difetti della istituzione dei giurati, si limitò a chiedere che non fosse sbandito dai giudizi penali l'elemento popolare. Nella sezione di diritto penale, furono approvate a maggioranza le risoluzioni proposte da HOLSHAUSEN, che sono di questo preciso tenore:

« I. Die Schöffengerichte haben sich im allgemeinen in der Praxis gewährt. II. Die Geschwornengerichte verdienen nicht das ihnen entgegengebrachte Vertrauen. III. Die geeignetste Form der Hinzu-

ziehung des Laienelements in Strafsachen sind die Schöffengerichte». In seduta plenaria del Congresso fu confermata la prima delle risoluzioni sopra riferite, e vi fu aggiunta quest'altra proposta da KÜHNE: « Die dermalige Einrichtung des schwurgerichtlichen Verfahrens ist der Reform dringend bedürftig ». Sulle altre due non ebbe più luogo la votazione (*Allgemeine Zeitung*, 1866, n. 235, 14 settembre). Una critica molto aspra del giuri è comparsa testè nella *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft* (XVII, 1886) « Gegen die Schwurgerichte » di un autore anonimo che si firma « der Verfasser von *Die Verbrecherwelt* von Berlin ».

(11) In un libro recente, e molto pregiato, leggo le seguenti gravi parole scritte da un autore, che esaminando da un punto di vista imparziale ed elevato il modo con cui la giuria funziona in Inghilterra, non dimostra nessuna ostilità preconcepita contro questa istituzione: « As to juries experience no doubt has shown, and does continually show that their verdicts..... are just in the very great majority of instances; but I am bound to say I think that the exceptions are more numerous than in the case of trials by judges without juries » (STEPHEN, *A History of the criminal Law of England*, London, 1883, I, 569). — Attesta GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, VI (Paris, 1883), p. 565, che in Francia, anche dopo che la legge del 1863 ha convertito molti crimini in delitti, prevale la tendenza (che si manifesta anche altrove) di *correzionalizzare* i crimini, per tema che la repressione della giuria non riesca abbastanza severa, soprattutto trattandosi di crimini relativamente poco gravi.

(12) GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht* (Frankfurt, 1883) p. 4 segg.

(13) FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France* (Paris, 1878).

(14) *Dei delitti e delle pene*. Prefaz.

(15) Questo carattere della filosofia del secolo scorso è stupendamente tratteggiato da TAINE, *Les origines de la France contemporaine; L'Ancien régime* (Paris, 1879) specialmente livre troisième, chap. IV e *La révolution*, III (Paris, 1885) livre deuxième, chap. I.

(16) *Vom Beruf unsrer Zeit. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg, 1814).

(17) SAVIGNY, op. cit., pag. 8 segg.

(18) I civilisti che non aderirono alla scuola storica sono ricordati da DERNBURG, *Pandekten*, I (Berlin, 1885), p. 38, nota (7). Non è

senza interesse rileggere ciò che nel 1839 scriveva THIBAUT nell'opuscolo: *Ueber die sogenannte historische und nicht historische Rechtsschule*. «.... Mit herzlicher Dankbarkeit nehme ich... Alles auf, was neuerlich mit gutem Erfolg für die Rechtsgeschichte, mehrfach sehr tüchtig, geleistet ist. Ich müsste ein Thor sein, wenn ich nicht erkennen wollte, welchen Aufschwung die Bearbeitung der positiven Rechte in den letzten Zeiten bekommen hat (p. 22)..... Nebenher muss denn auch noch darüber geklagt werden, dass der dreiste Hochmuth derer, welche an der Spitze stehen wollen, sehr leicht zu einer blinden Nachbeterei führt. Und sind nicht gerade jetzt viele jungen und älteren Männer von dieser Nachbeterei angesteckt? Der alte derbe M. P. Cato würde gewiss viele derselben ebenso den, dem Hirten folgenden Schafen verglichen haben, wie er öffentlich nach Plutarch das Römische Volk damit ungescheut verglichen hat » (p. 25).

(19) Nella *Zeitschrift für gesch. Rechtsw.*, III. Fra i primi che combattono l'idea della scuola storica sono pure da ricordare MEYER, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier* (Amsterdam, 1830), ed il nostro SCLOVIS, *Della legislazione civile* (Torino, 1835) specialmente *Disc. IV*, p. 150 segg.

(20) *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, Zweite Aufl. (Zürich, 1862).

(21) Un lungo catalogo di autori che parteciparono alla controversia può leggersi in KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, ein Beitrag zur Orientirung über den gegenwärtigen Stand- und Zielpunkt derselben* (Leipzig, 1856), p. 6 (1).

(22) *Recht und Rechtswissenschaft*. Eine Universität-Festrede (Greifswald, 1854), pp. 20, 21.

(23) Op. cit., pag. 102.

(24) *Volksrecht. Juristenrecht. Genossenschaften. Stände. Gemeines Recht* (Rostock u. Schwerin, 1846).

(25) *Volksrecht und Juristenrecht* (Leipzig, 1843).

(26) *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*. Erst. B. (Rostock u. Schwerin, 1853).

(27) *Die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien* (Jena, 1856).

(28) HARUM, *Von der Entstehung des Rechts* (Innsbruck, 1863), p. 19.

(29) *Cultur und Rechtsleben* (Berlin, 1865), p. xi seg. È notevole come già allora ARNOLD presentisse la necessità di un codice civile germanico « ... die Frage ist nicht mehr, ob oder ob nicht, sondern ob früher oder später ». E sono notevoli pure le lodi che egli tributa al lavoro di LOTZE, *Mikrokosmos oder Ideen zur Naturgeschichte und Geschichte der Menschheit*, il qual lavoro « ... hat ... zum erstenmal den gelungenen Versuch gemacht, Natur- und Geschichtswissenschaften von einem einheitlichen, gemeinsamen Gesichtspunkte aus zu behandeln und die Methode, die bisher nur für die ersteren galt, auch auf die historischen Disciplinen anzuwenden » (p. xxi).

(30) *Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht* (in Festgabe f. G. BESELER (Berlin, 1885), p. 228.

(31) *Der Kampf um's Recht* (vierte Aufl., Wien, 1874), p. 7.

(32) HARUM, op. cit., p. 6.

(33) « ... se ben si rifletta, la coscienza popolare, la coscienza giuridica, sono espressioni di concetti troppo indeterminati. Da che cosa viene determinata questa coscienza popolare, che dà al diritto pubblico e privato un indirizzo tanto diverso a seconda dei luoghi, dei tempi, dei popoli? Chi rispondesse che è determinata dal *genio*, dal *carattere* particolare del popolo, cadrebbe in una evidente tautologia ». PADELLETTI, *Storia del Diritto romano* (Firenze, 1878 p. 10). — V. anche COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione del diritto privato* (Camerino, 1882), p. 43. — SALVIOLI, *Il metodo storico nel dir. civ. it.* (Estr. dal *Circolo giuridico*, XVI, 3, Palermo, 1885) p. 5, e specialmente le sagaci osservazioni di FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale* (in *Arch. Giur.*, XXXIII, 5-6, p. 554, segg.).

(34) Op. cit., p. 8, segg.

(35) L'obiezione era già stata nettamente formulata da THIBAUT, « Mehr als unleidlich ist aber ein, zuletzt allmählig eingeschlichenes mystisches, abgespanntes, kopfhängerisches Wesen, wodurch man sogar nicht selten auch dahin geführt ist, zu behaupten: das historisch entstandene sei eben deswegen wahr, also dem Tadel nicht ausgesetzt. Damit wäre am Ende jede Sünde gerechtfertigt » (Op. cit., p. 25). Non potrei convenire con quanto dice in contrario SALVIOLI, op. cit. p. 17.

(36) *Das heutige römische Recht* (nella Holtzendorff's *Encyclopädie der Rechtsw.*, vierte Aufl., pag. 396).

(37) L'ha avvertito anche BRINZ: « ... Freilich, sieht man in seiner Schrift (il *Beruf* etc., di SAVIGNY) nicht bloß auf den *tenor sententiae*, sondern auch auf die Entscheidungsgründe, so wird klar, dass seines Herzens Meinung nicht nur auf Aufschub, sondern gegen Kodifikation überhaupt ging ». (*Festrede zu Friedrich Karl v. Savigny's hundertjährigem Geburtstage*, München, 1879, p. 9).

(38) La convenienza della unificazione del diritto civile in Germania non trova più contraddittori dopo i grandi avvenimenti politici del 1870. V. ad es.: L. GOLDSCHMIDT, *Die Nothwendigkeit eines deutschen Civilgesetzbuches* (in *Im neuen Reich*, 1872, H. 13). — BETHMANN-HOLLWEG, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit* (Bonn, 1876).

(39) HARUM, op. cit., p. 6 seg.

(40) Op. cit., p. 67.

(41) *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (Berlin, 1885). Erste Abth., p. 101.

(42) La traduzione è di Andrea MAFFEI, ma non rende che molto imperfettamente il concetto di GOETHE:

Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage;
Weh dir dass du ein Enkel bist!
Vom Rechte das mit uns geboren ist,
Von dem ist, leider! nie die Frage.

(43) IHERING, *Geist des römischen Rechts*, erste Th. (Leipzig, 1878), pag. 1.

(44) Op. cit., p. 4. V. pure HARUM (op. cit., p. 7), il quale prima di IHERING ha rilevato molto vigorosamente questo errore della scuola storica.

(45) La storia della *recezione* del diritto romano in Germania è stata esposta in una serie di opere recenti di cui mi limito ad accennare alcune, fra le principali: STINTZING, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und in Anfang des sechszehnten Jahrhunderts* (Leipzig, 1867). — SCHMIDT, *Geschichte der Reception des röm. Rechtes in Deutschland* (Rostock, 1868). — MODDERMANN-SCHULZ, *Die Reception des röm. Rechtes* (Jena, 1875). —

FRANKLIN, *Beitr. zur Geschichte der Reception des röm. Rechtes in Deutschland* (Hannover, 1863). — STÖLZEL, *Die Entwicklung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien* (Stuttgart, 1873). — KARLOWA, *Ueber die Reception des röm. Rechts in Deutschland* (Heidelberg, 1878). — OTT, *Beiträge zur Receptions-Geschichte des römisch-kanonischen Processes in den böhmischen Ländern* (Leipzig, 1880). — STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* (Braunschweig, 1864). — STINTZING, *Geschichte*, zweit. Kap. — V. pure SIEGEL, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Berlin, 1886), §§ 38-45.

(46) V. STINTZING, *Geschichte*, p. 72-73. — ARNDTS, *Juristische Encyclopädie* (Stuttgart, 1875), § 45. — Con molta energia si esprime BRUNNER: «... was stets Tadel und Vorwurf hervorrufen wird, ist die Art wie die Reception von ihm (der Juristenstand) durchgeführt wurde. Ein nationales Unglück war jenes engherzige Ignoriren des deutschen Rechts, jenes geistlose und rein äusserliche Aufpropfen römischer Rechtssätze auf einheimische Verhältnisse, die Unkenntniss des Gegensatzes zwischen diesen und dem römischen Rechte, welche taub machte gegen die Wahrheit, dass kein Volk mit der Seele eines anderen zu denken vermag. Wenn man erwägt, dass wir in Folge dieser Fehler das römische Recht noch heute nicht vollständig verdaut haben, mag man die Verwirrung ermessen, welche zur Zeit der Rezeption unter der Herrschaft eines unsäglich bornirten Juristenstandes im deutschen Rechtsleben einriss. (*Geschichte u. Quellen des deutschen Rechts*, in HOLTZENDORFF's, *Encycl. der Rechtsw.*, 4. Aufl., p. 269).

(47) In questo senso si esprime VAINBERG, *Les opinions modernes des Allemands sur la notion du Droit* (Paris, 1875), il quale non si perita di affermare che « la brochure de SAVIGNY sur la *disposition de notre époque pour la législation*, est avant tout un écrit politique, où la vérité et l'idée n'occupent que la seconde place; c'est plutôt une brochure de combat, un instrument de guerre, qu'une œuvre de science et de conviction » (p. 14). Press'a poco dello stesso parere è FOUILLÉ, op. cit., p. 19. Invece BLUNTSCHLI nota che la scuola storica non è stata così feconda nel dominio dello Stato e della politica come in quello del diritto privato, e che il suo principio non è ostile al progresso, perchè è il diventare, cioè sviluppo, movimento, vita; non la quiete. *Geschichte der neueren Statswissenschaft* (München, 1881), pagine 629-30.

(48) Venne più volte notata questa affinità. V. WINDSCHEID, op. cit., p. 18. — IHERING, *Kampf um's Recht*, p. 11-12. — CZYHLARZ, *Rede zur Feier des hundertjähr. Geburtstages Fr. C. v. Savigny's* (Prag, 1879), p. 8.

(49) La questione fu posta acutamente da BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea* (estr. dal *Circ. giur.*, Pa-

lermo, 1883). Tuttavia parmi che le sue conclusioni sieno in qualche parte troppo spinte e, per parte mia, consento pienamente nelle savie osservazioni di VANNI: *I giuristi della scuola stor. di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva* (estr. dalla *Rivista di Filosofia scient.*, IV-6, 1885).

(50) *Krit. Ueberschau*, I, p. 29.

(51) Op. cit., p. 7.

(52) *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Berlin, 1848). Gli rispose STAHL con un articolo inserito nel *Janus*, 1848, H. 4.

(53) *Gegenwort u. Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft* (Stuttgart, 1876), p. VII, 88 segg.

(54) V. specialmente DANKWARDT, *Nationalökonomie u. Jurisprudenz* (Rostock, 1857-59). — Id. *National-ökonomisch-civilistische Studien* (Leipzig, 1862-69). — BÖHM-BAWERK, *Rechte u. Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftl. Güterlehre* (Innsbruck, 1881). — Intorno a queste tendenze della giurisprudenza attuale cons. PACHMANN, *Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft* (Berlin, 1882). È un discorso pronunciato dall'A. nell'adunanza annuale della società giuridica esistente presso l'Università di Pietroburgo (tradotto in tedesco da un anonimo), interessante particolarmente per le notizie relative alla letteratura giuridica russa.

(55) È certo che al momento attuale non si potrebbe asserire che i giuristi di professione, in generale, guardino di buon occhio questo movimento che ora appena si è iniziato nella scienza del diritto. V. ad es. le vivaci critiche di GABBA, *Intorno ad alcuni più generali problemi della scienza sociale* (Torino, 1876), conf. 5^a e 6^a. — GLASSON, *Éléments du droit français*, I (Paris, 1883), p. 22-33. — Con molta maggior moderazione invece ne discorre PACHMANN, op. cit., p. 40 segg.

(56) Questa ha il suo organo nella *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, che si pubblica a Stoccarda e fu fondata nel 1878 da BERNHÖFT e da G. COHN, ai quali ora si è aggiunto, pure come direttore, il KOHLER. — V. GIRARD, *Les travaux allemands sur l'histoire du droit comparé* (in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, X, 2, 1886).

(57) Da più anni egli va pubblicando una serie di scritti, che rivelano così l'acutezza dell'ingegno, come la vasta erudizione dell'autore. Incominciò coll' *Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadt-bremischen Privatrechts auf Grundlage der modernen Volkswirtschaft* (1866-1871), e con *Naturgesetz des Rechts. Einleitung in eine*

Philosophie des Rechts auf Grundlage der modernen empirischen Wissenschaft (Bremen, 1867). Entrambi gli scritti (come dice egli stesso nella Prefazione dei *Bausteine*) si risentivano fortemente dell'influenza della filosofia di KANT e SCHOPENHAUER. Il potente risveglio delle scienze naturali, che si associa al nome di DARWIN, indusse in seguito il Post ad allargar la cerchia de' suoi studii, e lo invogliò ad applicare nel campo del diritto le nuove vedute di quelle scienze. Un primo tentativo in questo senso fu l'*Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts* (Oldenburg, 1872), che fu seguito a breve distanza di tempo da queste altre opere: *Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit und die Entstehung der Ehe* (Oldenb., 1875). — *Der Ursprung des Rechts* (Oldenb., 1876). — *Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens* (Oldenb., 1878). — *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis* (Oldenb., 1880-81). Nel corrente anno pubblicò un opuscolo in cui è riassunto, in certo modo, il programma della nuova scuola: *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz* (Oldenb., 1886). — Relativamente a questi lavori v. le brevi osservazioni di GUMPOLOWICZ, *Grundriss der Sociologie* (Wien, 1885), p. 45-49 e la larga critica di KOHLER, *Zur vergl. Rechtswissenschaft* (in *Krit. Vierteljahrsschrift*, N. F., IV, 1881, p. 174-87), nonchè quella recentissima di STÖRK, *Studien zur sociologischen Rechtslehre* in *Archiv f. öffentliches Recht*, I, 3 (1886).

(58) Alludo specialmente a KOHLER, mente coltissima e scrittore infaticabile, di cui parecchi lavori (notevolissimo fra gli altri, a mio parere: « *Shakspeare vor dem Forum der Jurisprudenz* » Würzburg, 1884), sono condotti col metodo della giurisprudenza comparativa; e più particolarmente ancora ad uno de' suoi ultimi scritti: « *Das Recht als Kulturerscheinung*. — *Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft* » (Würzburg, 1885). — Lo stesso si dica di BERNHÖFT che ne' suoi lavori, quali sarebbero principalmente il programma della *Zeitschrift f. vergl. Rechtswiss.*: « *Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft* » e « *Staat und Recht der röm. Königszeit im Verhältniss zu verwandten Rechten* » (Stuttgart, 1882), si mostra pure assai meno radicale di Post.

(59) V. ALEX, *Du droit e du positivisme* (Paris, 1876).

(60) Il primo in Italia, ch'io sappia, a far rilevare l'importanza della dottrina della nuova scuola positiva anche nel campo del diritto, ed a promuovere lo studio della sociologia, fu il CARLE ne' suoi *Saggi di Filosofia sociale* (Torino, 1876). Vedi pure dello stesso *Genesi e sviluppo delle varie forme di convivenza civile e politica* (Torino, 1878) e *La vita del Diritto ne' suoi rapporti colla vita sociale* (Torino, 1880), specialmente Lib. II, Cap. IV. Tuttavia egli non consente che fino ad un certo punto colle tendenze della scuola positiva, e potrebbe

pure parere a taluno troppo modesto l'ufficio che le assegna nello studio del diritto. Per contro ne ha abbracciato incondizionatamente le teorie e le difende con molto ardore VADALÀ-PAPALE in parecchi suoi scritti: *Il cod. civ. ital. e la scienza*, parte I (Napoli, 1881). — *Darwinismo naturale e darwinismo sociale* (Torino, 1883). — *La nuova tendenza del Diritto civile in Italia* (in Riv. di Giurispr. di Trani, VIII, 8, 1883). — *La scienza del Diritto civile* (Catania, 1885). — COGLIOLO, parve dividere le stesse idee nella sua Prelezione: *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel Diritto privato* (Camerino, 1882); ma le presenta ora in forma alquanto più temperata ne' suoi: *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto privato* (Torino, 1885). — Si accostano più o meno alle vedute della nuova scuola gli scritti seguenti, che cito un po' alla rinfusa e senza la pretesa di fare un elenco completo: CHIRONI, *Il Darwinismo nel Diritto* (Siena, 1882); *Sociologia e Diritto civile* (Torino, 1886). — VANNI, *Lo studio comparativo delle razze inferiori nella sociologia contemporanea* (Perugia, 1884) e *I giuristi della scuola storica*. — SCHIATTARELLA, *I presupposti del diritto scientifico* (Palermo, 1885). — CIMBALI, *Lo studio del Diritto civile negli Stati moderni* (Torino, 1881) e *La nuova fase del Diritto civile nei rapporti economici e sociali* (Torino, 1885). — GAUDENZI, *Lingua e Diritto nel loro sviluppo parallelo* (estr. dall'Arch. giur., Bologna, 1883). — Altri ha applicato i criterii della sociologia allo studio dei fenomeni economici; ad es.: COGNETTI DE MARTIIS, *Le forme primitive dell'evoluzione economica* (Torino, 1881). U. RABBENO, *L'evoluzione del lavoro*, parte I (Torino, 1883). — *La cooperazione in Inghilterra* (Milano, 1885). — Cfr. RICCA-SALERNO, *Del metodo induttivo nelle scienze sociali* (Modena, 1882). — Invece ha acerbato parole contro la sociologia Carlo Fr. FERRARIS, *La statistica nelle Università* (Verona-Padova, 1886).

(61) Vedi gli scritti di MUROMZEW e GAMBAROFF cit. da PACHMANN op. cit., p. 37-38.

(62) Queste idee lo IHERING va svolgendo in un suo lavoro di gran mole, che tuttavia, nella parte finora pubblicata, non tratta che poca parte del vasto argomento che l'A. si è proposto. È intitolato: *Der Zweck im Recht* (Erst. B., 2. umgearb. Aufl.; Leipzig, 1884; Zweit. B., 2. umgearb. Aufl.; Leipzig, 1886). — V. special. 1° vol., Kap. I; VII, 1; VIII.

(63) *Vom Wesen und Werden des Rechts* (in *Zeitschrift f. vergleich. Rechtsw.* II, 1879), p. 5. 9. — Vedi pure dello stesso A., *Die Vernunft im Recht* (Berlin, 1879). — Cfr. l'esame che di questo lavoro ha fatto BAHNSEN (in *Zeitschrift*, cit. III, 1881), e dello stesso: *Ist eine Rechtsphilosophie überhaupt möglich?* (Ibid. III, 2), nonché SCHUPPE, *Die Methoden der Rechtsphilosophie* (Ibid., V, 2, 1884).



115495

